

SOCIEDADE CONJUGAL: INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL

Leandro Henrique Simões Goulart¹

Matheus Adolfo Gomes Quirino²

RESUMO: A edição do Código Civil de 2002, trouxe-nos algumas inovações, e uma delas é a proibição de constituição de sociedade entre os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens e da separação obrigatória de bens, conforme previsão do art. 977. Tal restrição merece ser analisada tomando-se como base os princípios orientadores do sistema constitucional vigente. No presente artigo, primeiramente será demonstrado as peculiaridades do regime da comunhão universal de bens e separação obrigatória, posteriormente será analisado o âmbito de atuação da norma prevista no artigo 977 do Código Civil, logo em seguida serão trazidas às interpretações existentes da norma mencionada. Ao final, será apresentado aos leitores o resultado da presente pesquisa jurídica, com as conclusões, sem, entretanto, encerrar o debate proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Conjugal, Separação Obrigatória de Bens, Dignidade Pessoa Humana, Igualdade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos as interpretações do art. 977 do Código Civil, é necessária uma rápida análise de um dos elementos que a integram: os regimes de bens da comunhão universal e da separação obrigatória.

O Código Civil, a partir do seu artigo 1639, estabelece a disciplina jurídica dos regimes de bens aplicáveis ao casamento. Em regra, em caso de não manifestação expressa dos nubentes, o regime aplicado será o da comunhão parcial, estabelecendo-se este como o regime geral.

Existe ainda a previsão dos regimes de separação obrigatória de bens, da comunhão universal, da participação final nos aquestos e da separação total, que pode ser convencional ou obrigatória, porém para este trabalho somente interessará os regimes destacados a seguir:

2 OS REGIMES DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS E DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

2.1 O regime da comunhão universal

Neste regime, todos os bens, presentes e futuros, ativos ou passivos, pertencem, a princípio, a ambos os cônjuges (art. 1667 do CC). Ao adotar este regime, cada um dos cônjuges passa a ter direito à metade do patrimônio ativo e passivo.³

Contudo, existem exceções à comunhão universal, que são tratadas pelo art. 1668 do CC. São elas: os bens recebidos em doação ou herança, com cláusula de incomunicabilidade e os substituídos em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e

o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva⁴; as dívidas contraídas antes do casamento, salvo se advindas de despesas com o seu preparo ou revertidas em proveito comum; as doações antenupciais, feitas por um dos noivos ao outro, com cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, livros, instrumentos; rendimentos da profissão de cada um dos cônjuges e as pensões, meios-soldos e montepios⁵, ressaltando-se que os frutos desses bens são comunicáveis⁶

Tal regime só pode ser adotado mediante pacto antenupcial⁷, ou seja, um contrato solene realizado antes do casamento, do qual o casal dispõe sobre o regime de bens que vigorará entre eles durante o matrimônio, sendo que a administração dos bens se dá da mesma forma que no regime de comunhão parcial de bens (art. 1670 do CC).

Para que sejam alienados e onerados os bens é necessária manifestação de ambos os cônjuges, exigência que não pode ser afastada sequer por pacto antenupcial. Pode-se falar em desnecessidade de manifestação quando se tratar do rol elencado no art. 1668 do CC.⁸, bem como nos casos de bens móveis, como por exemplo um veículo.

Ao adotar esse regime de bens, os cônjuges não podem contrair sociedade entre si ou com terceiros (art. 977 do CC).⁹

Finda a vida em comum, é dividido o patrimônio comum e cessa a responsabilidade dos cônjuges para com os credores do outro (art. 1671 do CC).¹⁰

2.2 Regime de separação de bens

Quanto ao regime de separação de bens, temos a separação

convencional de bens e a separação obrigatória de bens, mas em ambos, cada cônjuge possui seus bens separadamente, independente da data e forma de aquisição (art. 1687 do CC).

Rolf Madaleno afirma que para a doutrina, tal regime representa, na verdade, a “[...] ausência de um regime patrimonial, caracterizado justamente pela existência de dois patrimônios separados”.¹¹ Dessa forma, há que se falar na coexistência de dois patrimônios: o do marido e o da mulher.

Quando os cônjuges optarem pelo regime da separação de bens, temos a separação convencional de bens, sendo de simples compreensão e estando diretamente relacionado com o princípio da autonomia privada, que será analisado oportunamente.

Este regime tem como premissa a incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento.

É a previsão do art. 1.687, do Código Civil: “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

Trata-se de regime que exige expressa manifestação das partes, através do pacto antenupcial, não se confundindo com o regime da separação obrigatória de bens, sendo que a não manifestação das partes quanto ao regime adotado, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens.

O pacto antenupcial, trata-se de negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, por meio do qual as partes escolhem o regime de bens que lhe aprouver, segundo o princípio da autonomia privada, devendo ser lavrado em escritura pública.

Importante destacar que na separação convencional, quanto aos bens adquiridos mediante junção de esforços, poderá ser formado um condomínio, nos limites e proporções correspondentes. Essa circunstância, dado o seu caráter de excepcionalidade, não desfigura o regime, pois os bens assim adquiridos submetem-se à incidência das regras do condomínio voluntário, sem interferência das regras aplicáveis aos demais regimes matrimoniais de bens.

Do mesmo modo, importante frisar que o fato de haver uma separação convencional total dos bens dos cônjuges, não lhes retira as obrigações pecuniárias decorrentes das relações jurídicas estabelecidas em benefício da família.

Com efeito, cada cônjuge deverá arcar com as obrigações que contraiu, ressalvadas as despesas que reverterem em proveito do casal, as quais, em regra, devem ser assumidas por ambos os cônjuges.

For fim, deverá ser observado que a Súmula 377 do STF, que dispõe que no regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, não se aplica à separação convencional de bens, uma vez que a opção da independência patrimonial, derivou da livre estipulação da vontade do casal, afastando, dessa maneira, a impositiva comunicabilidade derivada do

enunciado jurisprudencial,

Outra hipótese de adoção do regime de separação de bens é quando a lei prevê que, obrigatoriamente, este deve ser o regime adotado, ou seja, diferentemente do regime da separação convencional, a vontade das partes não prevalecerá.

É o que acontece nas hipóteses do art.1641 do CC, que são: quando os cônjuges inobservarem a cláusula suspensiva da celebração do casamento; no casamento de maiores de setenta anos e no casamento daqueles que, para celebração, dependerem de suprimento judicial.

Nas hipóteses supracitadas, não é considerada a vontade dos nubentes. Estes não têm a possibilidade de escolher qual regime de bens irão adotar, vez que este é imposto pela lei, sendo desnecessária a elaboração de pacto antenupcial. E é por isso que este regime é chamado de separação legal de bens.

Os cônjuges atingidos pela separação legal são vedados de contratar sociedade entre si ou com terceiros, como disposto no art. 977 do CC. Para Maria Berenice Dias, o que o legislador busca é “evitar a possibilidade de entrelaçamento de patrimônios”.¹², mas, quanto a esse dispositivo legal, será analisado detalhadamente nos tópicos seguintes.

Contudo, o propósito de total incomunicabilidade do patrimônio buscado pela lei não tem sido alcançado. Isto porque a súmula 377 do STF, já mencionada anteriormente, dispôs que os bens adquiridos na constância do casamento irão se comunicar.¹³

A justificativa da edição da súmula consiste em evitar o enriquecimento ilícito por um dos cônjuges. É o que afirma o enunciado do STF citado por Maria Berenice Dias: “a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime de separação legal, os aquestos comunicam-se pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, do esforço comum.”¹⁴

Aplicando a súmula 377 do STF, há o patrimônio de cada um dos cônjuges, que são os bens adquiridos ou recebidos em herança ou doação antes do casamento, e o patrimônio em comum dos cônjuges, que é aquele adquirido na constância do casamento. O patrimônio considerado comum não depende da demonstração de que foi adquirido por meio de esforços comuns.

Deste modo, o regime de separação legal acabou por assemelhar-se, em alguns aspectos, com o regime de comunhão parcial de bens.

3 DAS INTERPRETAÇÕES ACERCA DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL

Inicialmente, torna-se necessário transcrever o art. 977 do Código Civil, para que possamos interpretar a sua aplicação: “Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime de comunhão

universal de bens, ou no da separação obrigatória.”

Percebe-se que o legislador foi impreciso na redação do citado artigo, pois poderia levar a duas interpretações: um cônjuge casado em um dos citados regimes não pode contratar sociedade com terceiros; ou, se apenas os cônjuges não podem contratar sociedade entre si, isto é, marido e mulher, ambos com terceiros ou entre si apenas, formando sociedade com personalidade jurídica própria.

Se a interpretação a ser aceita fosse à primeira exposta, qual seja, um cônjuge casado em um dos citados regimes não poderia contratar sociedade com terceiros, teremos um entendimento originário de uma interpretação meramente literal.

A interpretação mais correta é a restrição do art. 977 do Código Civil para a sociedade formada por apenas os cônjuges casados nos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens entre si e por ambos com terceiros em uma mesma sociedade.

Entendimento contrário estaria violando o princípio da autonomia privada, que é a liberdade de contratar respeitando o ordenamento jurídico, pois estaria proibindo pessoas bastando serem casadas naqueles regimes de bens, estariam impedidas de individualmente contratarem sociedade ainda que sem qualquer vínculo entre si.

Por outro lado, resta saber se o dispositivo aqui estudado seria ou não aplicado para todos os tipos de sociedade.

Gladstone Mamede e Eduarda Cotta Mamede¹⁵ entendem que a aplicação da norma é para todo tipo de sociedade, pois o art. 977 do Código Civil utiliza apenas a expressão “sociedade”, afastando o entendimento de que seria apenas sociedade empresária.

Neste ponto, para melhor entendimento do leitor, importante trazer a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária.

Segundo o art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Com o novo Código Civil a distinção entre sociedade comercial e sociedade civil torna-se obsoleta e sem importância prática. Isto porque com o novo diploma legal grande parte das sociedades anteriormente consideradas civis, serão consideradas sociedades empresárias, o que possui um efeito prático de grande relevância, pois um hospital que antes era considerado como sociedade civil hoje encontra-se inclusive sujeito a falência.

Sobre o tema leciona o mestre Fábio Ulhoa Coelho:

A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros - inexistente pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios - este é um critério insuficiente

para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrativo, tais as sociedades de advogados, as rurais sem registro na junta etc.

O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não-estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem profissionalmente organizar os fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples, enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária. Acerca do conceito de empresa, é necessário Ter-se presente o já realizado estudo do tema (cap. I),¹⁶

Sendo assim, de acordo com a nova classificação as sociedades empresárias albergam as sociedades comerciais e grande parte das sociedades civis.

No que tange as sociedades simples são facilmente identificadas em razão do rol taxativo existente. As sociedades simples de acordo com o novo código são: as cooperativas; os artesãos; profissionais liberais; produtor rural que não queiram ser cadastrados como empresários (art. 971).

Assim, a identificação de uma sociedade empresária pode ser facilmente feita por um conceito negativo, pois aquilo que não fizer parte do rol das sociedades simples será considerado sociedade empresária.

Logo, é importante identificar qual o tipo de sociedade exatamente para saber a qual regime jurídico ela irá se submeter.

4 DA SOCIEDADE CONJUGAL

O Código Civil de 1916 não trazia em seu texto qualquer dispositivo que tratasse da possibilidade dos cônjuges constituírem sociedade entre si ou com terceiros, da mesma maneira que não havia qualquer previsão no Código Comercial de 1850.

Antes do advento do Código Civil de 2002, que trouxe em seu texto o art. 977, o que se discutia era a legitimidade e a validade das sociedades formadas pelos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, o que se justificava a luz do papel que possuía a mulher na administração dos bens resultantes da comunhão matrimonial. A esposa era submetida à tutela do marido, que era o gestor da sociedade conjugal e detinha a administração exclusiva dos bens que a compunham.

Nesse contexto, importante destacar o parecer do Instituto dos Advogados do Brasil, realizado no ano de 1927, cujo relator era Isidoro Campos 17 que em síntese entendeu que:

[...] O marido, como chefe da sociedade conjugal,

além de representação legal da família (art. 283 e seus números), tem o direito de autorizar a profissão da mulher, o de administrar os bens communs e particulares, podendo exigir della o cumprimento dos deveres, como companheira e auxiliar nos encargos da família, art. 240. Competindo-lhe a representação legal da família, não pode a mulher litigar em Juízo, sem sua assistência ou consentimento. Conquanto não consagre o Cód. Civil a inferioridade da mulher, á qual já se não pode aplicar o major dignitas est in sexo virilis, de Ulpiano, todavia impoz-lhe uma restrição, tornando relativa a sua capacidade, subordinando-a a determinadas disposições.

Na sociedade mercantil os direitos e deveres são eguaes, para os sócios, o que se não poderá verificar entre o marido e mulher associados, em face do que o Cód. Civil dispõe, quando regula a capacidade dos cônjuges.[...]

Ainda a mulher casada, em face do que preceitua o Código Civil, não poderia usar do direito de demandar o marido, como seu sócio e em virtude de actos oriundos da vida commercial, porque mister seria o seu consentimento, como chefe do casal e representante legal da família.[...]

[...] Por estes argumentos, concluimos que, perante os princípios legais e doutrinários, a constituição da sociedade commercial, composta somente de marido e mulher, casados pelo regimen commun, não é legítima.

Waldemar Ferreira 18 afirma que aceitar a constituição de sociedades nestes termos seria apenas transferir a sociedade conjugal para a sociedade comercial, onde teríamos duas sociedades autônomas operando como mesmo acervo, constituído-se de forma bifronte, civil de um lado e comercial de outro.

Nesse sentido, foi o julgamento proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo na Apelação 140.261 em 13 de agosto de 1970¹⁹:

Tem aplicação, neste caso, a lição expendida pelo venerando acórdão da Eg. 3ª Câmara deste Tribunal, publicado no vol. II, pág. 79, dos Julgados deste Tribunal, que, textualmente, ensina: “ A sociedade civil ou comercial, formada apenas de duas pessoas, que sejam marido e mulher, não pode ser tida como legal e existente, sendo nula, absolutamente, sua inscrição no Registro Civil ou na Junta Comer-

cial, seja qual for o regime de bens do casamento, mas, sobretudo, quando este for o da comunhão de bens”. “ Isso porque tal sociedade visa a modificação do estado que a lei estabelece para a própria sociedade conjugal, entre marido e mulher, como o objetivo de não envolver o patrimônio do casal nos azares do comércio”. Consequentemente, a embargante, ora apelada, que é constituída por dois únicos sócios que são marido e mulher, não pode ser tida como existente e a penhora impugnada deve subsistir, pois, no caso, o patrimônio da embargante se confunde com o patrimônio do executado, de vez que a sociedade comercial constituída entre marido e mulher, por quotas de responsabilidade limitada, tem apenas existência fictícia, não tendo o cordão de impor qualquer limitação da responsabilidade do comerciante individual, que outro se não é o marido, sócio da mulher, numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada fictícia.

Na esteira dos fenômenos sociais, sobretudo com relação ao crescente processo de emancipação da mulher, entrou em vigor no Brasil a Lei n. 4.121/1962, a partir de cujo diploma legal a mulher casada inverstiu-se de significativo novos direitos.

Por meio do art. 3º do referido diploma legal, estabeleceu-se a garantia pelos títulos de dívida de ambos até o limite da meação, mesmo que no regime de comunhão universal, conforme abaixo reproduzidos:

Art. 3º. Pelos títulos de dívida de qualquer natureza firmados por um só dos cônjuges ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

Adicionalmente, o art. 246 do Código Civil de 1916, sobretudo com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 4.121/1962, in verbis, espancou qualquer dúvida quanto à livre disposição do produto do trabalho da mulher por si mesma, bem como com a incomunicabilidade deste rendimento com as dívidas contraídas pelo marido:

Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá o direito de praticar todos os atos ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art.

240 e nos ns. II e III do art. 242. (Redação dada pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962)

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família. (Parágrafo acrescentados pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962)

Assim, a Lei n. 4.121/1962 é considerada um divisor de águas na evolução dos direitos da mulher casada, reduzindo significativamente, a partir de então, a resistência à contratação de sociedade entre marido e mulher.

O homem deixou de ser, doravante, o chefe inquestionável do lar e da sociedade conjugal, na exata medida em que a mulher casada deixou de ser considerada submissa e relativamente incapaz, sobrevivendo equilíbrio entre os direitos e deveres dos consortes na constância do casamento. A mulher passou a ser, por conseguinte, partícipe em igualdade de condições da sociedade conjugal, a partir do advento da Lei n. 4.121/1962, em razão do que este diploma legislativo é considerado com uma das maiores conquistas da mulher na sociedade brasileira do século XX.

Na seara constitucional, a Constituição de 1824 iniciou o processo e evolução dos direitos da mulher ao dispor, em seu art. 179, XIII, o que se segue: “Art. 179 (...) XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

A Constituição de 1891, ampliou a esfera de incidência do princípio da isonomia, extinguindo os privilégios das oligarquias e classes nobres, ao dispor, conforme segue no mesmo dispositivo legal:

Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhecendo foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

A Carta Constitucional de 1934 atribuiu maior robustez aos direitos da mulher, ao mencionar, explicitamente, a proibição de qualquer distinção quanto ao sexo, in verbis: “Art. 1113 (...) I. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe racial, riqueza, crenças religiosas ou ideias política.”

A Carta Magna de 1937 tratou de forma mais sucinta o princípio da isonomia, ao dispor simplesmente, conforme adiante reproduzido: “Art. 122, 1°. Todos são iguais perante a lei.”

A Constituição de 1946, por intermédio de seu art. 141, parágrafo 1°, apenas repetiu ipsis literis o comando inserto no art. 122, 1°, da Constituição de 1937, que dispunha que todos são

iguais perante a lei.

O diploma constitucional de 1967 restabeleceu, de forma similar, a redação abrangente apresentada pela Constituição de 1934, sendo o mesmo texto repetido ipsis literis na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, no art. 153, parágrafo 1°: “Art.153. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”

Em caráter definitivo, a igualdade entre homem e mulher foi alçada ao estágio constitucional, nos termos do art. 226, § 5°, da Constituição Federal de 1988, abaixo reproduzido: “Art. 226. § 5°. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher.”

Neste ponto, convém trazer à colação passagem em que José Waldecy Lucena²⁰ descreve a evolução do processo de emancipação da mulher, culminando com o advento da Lei n. 4.121, de 1962, e sua consolidação no texto constitucional, associando a este processo evolutivo a paulatina admissão em doutrina e jurisprudência da sociedade entre consortes no Brasil:

Ora, com o Estatuto da Mulher Casada, permitida a separação de patrimônio do marido e da mulher, independentemente do regime de bens do casamento, por óbvio que se ambos destinavam uma parcela de seu patrimônio para a integralização do capital da sociedade, surgia, a partir dessa distinção, um novo e único patrimônio, que era o da sociedade, completamente distinto daquele que congregava os demais bens do casal, que continuavam submetido ao regime de bens do matrimônio.

Em pesquisa acerca da evolução jurisprudencial brasileira relacionada à matéria, José Waldecy Lucena²¹ sinaliza que os Tribunais do Estado de São Paulo, até o início da década de 1970, mantiveram-se contrários à constituição válida de sociedade entre consortes, reputando-as nulas.

Contudo, após reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, alteraram seu posicionamento, passando doravante a considerar que, após o Estatuto da Mulher Casada, tornou-se tendência inelutável atribuir validade às sociedades constituídas entre marido e mulher, sustentando-se, de forma recorrente, que se aos cônjuges é facultado contratar sociedade com estranhos, parentes, até mesmo os filhos, seria um contra-senso não poderem fazê-lo entre si.

A corroborar o acima exposto, cite-se a decisão da lavra do Ministro Néri da Silveira, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, prolatada em 03 de fevereiro de 1989, em face de Recurso Extraordinário n. 108.728-5, cuja ementa segue abaixo reproduzida:

Recurso Extraordinário. Execução Fiscal. Penhora de bens de sócio. Embargos de Terceiro. Reputa-se

licita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da Mulher Casada. O sócio não responde, em sem tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova reconhecida nas decisões das instâncias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causa prejuízo à Fazenda, nem tampouco restou demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios. Embargos de terceiro procedente. Súmula 279. Recurso Extraordinário não conhecido.

Por conseguinte, o advento do Estatuto da Mulher Casada serviu de diploma legal basilar para o assentamento jurisprudencial em favor da livre constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil.

5 ENTENDIMENTO APÓS O ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL

Com o advento do Código Civil de 2002, o legislador optou por, expressamente, autorizar sociedade entre cônjuges, mas trazendo duas vedações, quais sejam: a proibição de cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens e da separação obrigatória de bens constituírem sociedades.

Na lição de Ricardo Fiuza²² relator do projeto do Código Civil de 2002, precisamente com relação às vedações inseridas no art. 977, afirma que:

[...] No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria um espécie de ficção, já que a titularidade das quotas do capital de cada cônjuge na sociedade não estaria patrimonialmente separada no âmbito da sociedade conjugal, da mesma maneira que todos os demais bens não excluídos pelo art. 1.668, a ambos pertencentes. No que tange ao regime da separação obrigatória, a vedação ocorre por disposição legal, nos casos em que sobre o casamento possam ser levantadas dúvidas ou questionamentos acerca do cumprimento das formalidades ou pela avançada idade de qualquer dos cônjuges.

Observa-se que os argumentos trazidos pelo relator do projeto, ao invocar a unicidade patrimonial da sociedade formada pelos cônjuges, principalmente após a edição do Estatuto da Mulher Casada,

que trouxe a individualização do patrimônio dos cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens, não assiste razão.

Do mesmo modo não assiste razão em se tratando do regime da separação obrigatório, onde o relator se baseia em possibilidade, suposições de existirem dúvidas ou questionamentos acerca do cumprimento das formalidades exigidas pelo casamento, ou, única e simplesmente pela idade avançada de um dos cônjuges.

Trata-se de comando proibitivo manifestadamente inconstitucional, na medida em que se restringe indivíduos com idade superior a 70 (setenta) anos quanto à escolha do regime de bens sob a égide do qual pretendem se casa, malferindo-se o princípio constitucional da dignidade humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Por conseguinte, na medida em que inconstitucional o conteúdo do art. 1.641, II do Código Civil, bem como a justificativa apresentada pelo Deputado Ricardo Fiúza, deixaria assim de existir a única razão que impede os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade.

Ademais, não foi oferecido qualquer óbice pelo legislador, em sua exposição de motivos anteriormente reproduzida, à contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória pelas razões no incisos I e II do art. 1.641 do Código Civil, conforme abaixo:

Art.1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Portanto, reitera-se que o fato de permanecer válido o conteúdo dos incisos I e II do art. 1.641 do Código Civil e, portanto, de permanecer legítimo o regime da separação obrigatória para as hipóteses neles contidas, não significa, de modo algum, dizer que acertou o legislador ao proibir cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade, nos termos do art. 977 do mesmo diploma legal.

Em última análise, ainda que legítimo e justificável o regime da separação obrigatória, isoladamente considerado, com base nos incisos I e II do art. 1.641 do atual Código Civil, descabida é a proibição imposta pelo legislador de contratação de sociedade por cônjuges casados sob tal regime matrimonial, por dois principais motivos, a seguir relacionados:

a justificativa utilizada pelo legislador para tal comando proibitivo localiza-se no inciso II do refe-

rido dispositivo legal, o qual foi demonstrado ser inconstitucional, deixando, pois, de existir óbice à contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória; e independentemente do regime de bens escolhido pelos cônjuges, não haveria razão, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, para impedi-los de contratar sociedade entre si ou com terceiros, na medida em que, dentre outras razões, de acordo com o princípio da intangibilidade do capital social, o patrimônio da sociedade não se confunde, em nenhum dos regimes de bens, como o patrimônio individual de cada um dos sócios que a compõem, marido e mulher ou não.

O inafastável princípio da intangibilidade do capital social, oponível inclusive, e, principalmente, aos próprios sócios que a compõem, confere idoneidade à sociedade havida entre os cônjuges, seja qual for o regime matrimonial por eles adotado, sobrevivendo sua legitimidade para usufruir do benefício da limitação de responsabilidade, assim como para qualquer outra sociedade validamente reconhecida.

Ademais, a limitação de responsabilidade patrimonial dos cônjuges por dívidas contraídas pelo outro cônjuge até o limite da meação dos bens comuns, advinda com o Estatuto da Mulher Casada e incorporada pelo Código Civil, atribui, em caráter definitivo, clara autonomia e identidade às esferas patrimoniais individuais do homem e da mulher, ainda que casados sob o regime da comunhão parcial de bens.

Outrossim, faz-e oportuno esclarecer que os sócios, ao integralizarem a parcela do capital que se comprometeram a subscrever recebem, em contrapartida, quotas representativas do valor que cada qual efetivamente imobilizou em favor da atividade empresarial, sendo tais títulos mobiliários legitimamente reconhecidos como ativos passíveis de execução em caso de dívidas eventualmente contraídas pelos mesmos sócios.

O patrimônio utilizado tanto pelo homem quanto pela mulher para adquirir participação em sociedade é tão somente revertido em quotas.

Em outras palavras, ocorre simplesmente uma troca de ativos, dinheiro, bens e/ou direitos por quotas da sociedade, os quais continuam sob a exclusiva propriedade do homem ou da mulher que os aportou, quando da integralização de sua parcela no capital social subscrito.

Nesse sentido, convém trazer à colação os ensinamentos de Modesto Carvalhosa²³, a respeito dos princípios da imutabilidade e da intangibilidade do capital social de uma sociedade, segundo

os quais os bens aportados na sociedade para adquirir parcela de seu capital social são somente substituídos por quotas, as quais representam verdadeira dívida da sociedade para com seus sócios, no exato montante dos bens aportados, ao mesmo tempo em que permanece completamente isolada a esfera patrimonial da sociedade em relação à massa de bens de cada um de seus sócios, in verbis:

O capital social não é formado por uma massa separada do patrimônio ou por uma parte do ativo da sociedade, mas configura-se como um débito diante dos acionistas, razão pela qual consta do passivo no balanço, ainda que não exigível. Por outro lado, o capital é uma fictio jûris estabelecida para a salvaguarda dos credores da companhia. (...) É dessa forma que a integridade do capital social representa garantia de estabilidade e possibilidade de cumprimento das obrigações assumidas pela companhia.

Diante do exposto, reputa-se por completo equivocada a crítica revelada pelo Deputado Ricardo Fiúza, segundo a qual apenas os bens excluídos da comunhão pelo art. 1668 do Código Civil em vigor estariam protegidos contra a confusão patrimonial decorrente dos bens aportados em uma sociedade, bem como as quotas representativas de seu capital social, posto que, conforme elucidado, opera-se uma simples substituição dos bens correspondente.

Isso porque, reitera-se, os bens utilizados para adquirir parcela do capital social da sociedade são tão somente substituídos por quotas, as quais permanecem de propriedade exclusiva dos sócios que as detêm.

Quanto à destinação dos bens aportados, estes deixam a esfera patrimonial pessoal do sócio correspondente e passam a fazer parte da esfera patrimonial da sociedade, não podendo mais ser atingidos pelos credores pessoais do sócio que os aportou, mas tão somente pelos credores da própria sociedade, conforme o já mencionado princípio da intangibilidade do capital social.

Em razão das ponderações aqui elucidadas, parece-nos inadequada, porque tecnicamente imprecisa, a proibição inserida pelo legislador no art. 977 do Código Civil de 2002, de contratação de sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação de bens.

Nessa perspectiva, convém trazer à colação os dizeres de Luiz Olavo Baptista²⁴: “Para constituir uma sociedade são necessárias duas pessoas e não dois patrimônios. Trata-se de uma proposta teórica que não *pára em pé*”.

Pablo Stolze Gagliano²⁵ também manifestou-se, de modo preciso e categórico contrariamente ao comando proibitivo contido no art. 977 do Código Civil de 2002, in verbis:

A impressão que se tem é de que a lei teria oficializado a figura do laranja. Tudo isso porque, inadvertidamente, o legislador firmou uma espécie de presunção de fraude, pelo simples fato de os consortes constituírem sociedade, impondo-lhes o desfazimento da sociedade, se forem casados sob os regimes referidos pelo art. 977

Diante de todo o apresentado, sem prejuízo das diversas questões controvertidas que ainda mantêm vivos os debates a respeito da matéria, entende a melhor doutrina que o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 202 constituiu significativo retrocesso em relação ao Código Civil de 1916, ao vedar a estipulação de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou no regime da separação obrigatória, erigindo-se na contramão da doutrina e da jurisprudência pátrias, as quais já haviam consolidado entendimento em favor da inexistência de obstáculos para que o casal, independentemente de seu regime de bens, empreenda por intermédio do mesmo veículo societário.

6 PROJETO DE LEI DO SENADO N. 611 DE 2011

Atualmente existe Projeto de Lei no Senado Federal, n. 611/11, de autoria do Senador Francisco Dornelles, pelo qual pretende a alteração do art. 977 do Código Civil, para facultar aos cônjuges contratar sociedade independente do regime de bens adotado no casamento.

Nesse contexto, torna-se indispensável a transcrição na íntegra da justificativa apresentada pelo eminente parlamentar Senador Francisco Dornelles 26, conforme abaixo:

O art. 977 do Código Civil, na redação vigente, impede os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de contratar sociedade, entre si ou com terceiros.

Trata-se de verdadeiro retrocesso, uma vez que, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência haviam consolidado o entendimento de não haver impedimento para a sociedade entre cônjuges, qualquer que fosse o regime de bens adotado no casamento. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 104597/PR, julgado pela Primeira Turma em 10 de maio de 1985, no qual foi relator o Ministro Rafael Mayer, cuja ementa estabelece que é legítima a sociedade por cotas que tenha como sócios exclusivos marido e mulher, tendo em vista que sem dispositivo

legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos defeitos invalidantes de sua formação. De igual modo, decidiu aquela Corte de Justiça no Recurso Extraordinário RE 108728/SP, julgado pela Primeira Turma em 3 de fevereiro de 1989, no qual foi relator o Ministro Néri da Silveira, em cuja ementa consta que reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado posterior à entrada em vigor do novo Código Civil, no Recurso Especial nº 1.058.165 – RS, no qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu pela impossibilidade de contratação de sociedade entre cônjuges casados no regime de comunhão universal ou separação obrigatória, tendo em vista vedação legal que se aplica tanto às sociedades empresárias quanto às simples, em razão do disposto no art. 977 do Código Civil. Esta proposição tem por finalidade extinguir a vedação contida na legislação, que tem levado, inclusive, os cônjuges casados no regime da comunhão universal que queiram participar conjuntamente de uma sociedade a requerer primeiramente a alteração do regime de bens, como autoriza o § 2º do art. 1.639 do Código Civil, único modo de viabilizar a sociedade entre eles. Não há razão que justifique a restrição prevista na legislação, que só tem trazido dificuldades para a criação da sociedade entre cônjuges, motivo pelo qual contamos com o apoio dos ilustres pares para a aprovação deste projeto.

7 CONCLUSÃO

Considerando tudo que foi exposto, percebe-se que as motivações da elaboração do art. 977 do Código Civil de 2002, já não se enquadra na realidade de nosso país.

Não é possível admitir o argumento da unicidade patrimonial em uma sociedade constituída por cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens, da mesma forma que, coadunar com a proibição para aqueles a quem é imposto o regime da separação obrigatória sob o argumento de facilitar a confusão patrimonial, seria imaginar uma presunção de fraude incompatível com o sistema jurídico.

Ademais, se for mantido a previsão contida no art. 977 do CC, termos uma violência escancarada a vários princípios constitucionais fundamentais, tais como liberdade de associação, livre iniciati-

va, isonomia, além de violar o princípio da autonomia privada, por conta de ser estabelecido restrição aos nubentes casados sob o regime obrigatório e comunhão universal de bens de contraírem sociedade entre si ou com terceiros.

Por fim, não há como se admitir a permanência da norma instituída pelo artigo 977 do Código Civil de 2002 ante a sua total e demonstrada incompatibilidade com o sistema jurídico-constitucional vigente.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 abril 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 3, p. 522

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110/111

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos Idosos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p.132.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960-1694.14v.

FIÚZA, César. *Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação* in FIÚZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. *Direito Civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.29.

FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, Ricardo [Coord.]. *Novo Código Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Sociedade de cônjuges e o novo Código Civil*. Valor Econômico, 007 mar. 2003

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 12 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 3. ed. atual. e ampl. com formulário Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 933 p

MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges* in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAMED, Gladstone; MAMED, Eduarda Cotta. *Divórcio Dissolução e Fraude na Partilha de Bens.: Simulações Empresárias e Societárias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68

SENADO FEDERAL, disponível em:<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97368&tp=1>, acesso em 16/04/2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso Constitucional Econômico*. 18ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/colac/listarColac.asp>, acesso em: 17 de abril de 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAUL, disponível em: : <http://www.tjsp.jus.br/jurirprudencia/acord.140261>, acesso em: 17 de abril de 2013

NOTAS DE FIM

1Mestre em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil e Ética, Coordenador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídico – Professor de Processo Civil da UNIPAC – Itabirito - Advogado.

2 Bacharel em Direito - UFMG; Pós-Graduado em Direito Processual Civil – PUC/G; Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna; Ex-Procurador do Município de Itabira; Professor de Direito Empresarial da UNIPAC – Itabirito - Advogado

3 Cf. MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges* in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 170.

4 “Ocorre fideicomisso quando for instituído herdeiro, que será substituído por outro após decurso de certo prazo ou após o implemento de condição”. FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 962.

5 Cf. FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 962.

6 Cf. BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o 16 de abril de 2013.

7 Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 227.

8 Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 228.

9 Cf. BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos.

dicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 de abril 2013.

10 Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 de abril de 2013.

11 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges in DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 179.

12 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 233

13 <<http://www.stf.gov.br>, acesso em: 16 de abril de 2013>

14 CASAMENTO. Separação obrigatória. Súmula 377. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp 208.640 –(1999/25259-4) – RS – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 28.05.2001) apud DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 233

15 MAMEDE, Gladstone; MAMEDE, Eduarda Cotta. Divórcio Dissolução e Fraude na Partilha de Bens.: Simulações Empresarias e Societárias. São Paulo: Atlas, 2011, p. 68

16 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110/111

17 Revista Forense, vol. 50, pág. 12

18 FERREIRA, Waldemar Martins. Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1960-1994.14v.

19 <<http://www.tjsp.jus.br/jurirprudência/acórd.140261>, acesso em: 16 de abril de 2013

20 LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 3. ed. atual. e ampl. com formulário Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 933 p

21 LUCENA, José Waldecy. Das sociedade por quotas de responsabilidade limitada. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250.

22 FIUZA, Ricardo [Coord.]. Novo Código Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004

23 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedade Anônimas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 3, p. 522

24 Especialistas aprovam parecer, mas exigem mudanças na legislação.

Gazeta Mercantil, São Paulo, 17 set. 2003., Seção A9.

25 GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade de cônjuges e o novo Código Civil. Valor Econômico, 007 mar. 2003

26 <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97368&tp=1>, acesso em 16/04/2013.